

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 718

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over de vraag of sprake is van een wezenlijke wijziging van een opdracht voor de aanschaf van een toegangscontrolesysteem die aanbesteder, een private zorgorganisatie, aan onderneming X heeft gegund. Aanbesteder heeft de opdracht via een meervoudig onderhandse procedure in de markt gezet. Ondernemer stelt dat onderneming X met hem als onderaannemer en met zijn systeem heeft ingeschreven. Tijdens de uitvoering van de opdracht zou aanbesteder van onderneming X hebben verlangd van systeem te wisselen, waardoor ondernemer buiten spel zou zijn gezet. Ondernemer stelt dat dit een onrechtmatige wijziging van de opdracht betekent.
- 1.2. Daarnaast speelt de vraag of de Commissie bevoegd is de klacht in behandeling te nemen. Volgens aanbesteder zou de Commissie niet bevoegd zijn, omdat de Aw 2012 niet van toepassing is op de aanbesteding en de klacht daarmee niet 'binnen de werkingssfeer van de Aw 2012' zou vallen. Ook zou de Commissie niet bevoegd zijn, omdat ondernemer zijn klacht niet eerst aan aanbesteder schriftelijk kenbaar zou hebben gemaakt. Ondernemer zou de klacht namelijk niet eerder op dezelfde wijze bij aanbesteder hebben ingediend.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. Allereerst oordeelt de Commissie dat zij bevoegd is de klacht in behandeling te nemen. Hoewel de Aw 2012 niet van toepassing is op een private aanbesteding als deze, heeft aanbesteder wel de verwachting gewekt dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en de Aw 2012 zelf op zijn procedure van toepassing zouden zijn. Aanbesteder heeft namelijk de Aw 2012 rechtstreeks van toepassing verklaard op zijn procedure. Daarmee valt de klacht binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. Ook oordeelt de Commissie dat ondernemer de klacht eerder voldoende kenbaar heeft gemaakt aan aanbesteder. De kern van de klacht bij aanbesteder als bij de Commissie is hetzelfde.
- 2.2. De klacht zelf acht de Commissie **ongegron**d. De Commissie is van oordeel dat ondernemer zijn klacht onvoldoende heeft onderbouwd. Ondernemer heeft onvoldoende inzichtelijk gemaakt met welk systeem onderneming X heeft ingeschreven en zodoende ook niet of dat het systeem van ondernemer is. Op grond daarvan kan de Commissie ook niet beoordelen of een ontoelaatbare wijziging van het systeem heeft plaatsgevonden.

3. Achtergrond

- 3.1. Aanbesteder, een zorgorganisatie, heeft op 15 december 2022 zeven ondernemingen, waaronder zowel ondernemer als onderneming X (Commissie: de winnaar van de aanbesteding), uitgenodigd om in te schrijven op een meervoudig onderhandse procedure voor de aanschaf van het Preferred Supplier Toegangscontrolesysteem [Aanbesteder], bestaande uit de vervanging van het toegangscontrolesysteem waarbij de toegangscontrole zoals op dat moment aanwezig wordt uitgebreid.

- 3.2. De opdracht voor het Preferred Supplier Toegangscontrolesysteem is op enig moment gegund aan onderneming X. Ondernemer heeft niet, in ieder geval niet zelfstandig, ingeschreven op deze procedure.
- 3.3. In een brief van 5 oktober 2023 van ondernemer aan onderneming X uit ondernemer zijn ongenoegen over het voornemen dat onderneming X zou hebben om de reeds lang daarvoor aangegane samenwerking met ondernemer inzake de meervoudig onderhandse aanbesteding voor Preferred Supplier Toegangscontrolesysteem [Aanbesteder], na de aan onderneming X gedane gunning, niet gestand te doen. Reden zou zijn dat het systeem dat ondernemer bij de samenwerking met ondernemer X heeft ingebracht, per controller slechts 7 deuren kan aansturen, terwijl aanbesteder na gunning een voorkeur heeft uitgesproken voor 8 deuren. Echter, nergens in de aanbestedingsstukken zou een eis van 8 deuren staan. Ondernemer wijst erop dat hij zich, op verzoek van onderneming X, als leverancier en ontwikkelaar van het systeem exclusief onder de pen van onderneming X heeft gevoegd. Door deze exclusieve samenwerking zou hij niet hebben ingeschreven. Onderneming X heeft volgens ondernemer ook gegund gekregen op basis van de aanbieding die gemaakt is in samenwerking met ondernemer. Volgens ondernemer is er geen enkele legitieme reden om de samenwerking te beëindigen, ook niet om zonder medeweten van ondernemer al onderhandelingen met een andere partij op te starten.
- 3.4. Op 17 oktober 2023 antwoordt onderneming X per brief dat hij destijds enkel een vrijblijvende offerteaanvraag bij ondernemer heeft gedaan waarbij geen exclusiviteit is gevraagd, gesteld of vastgelegd. Ook is er geen verzoek door onderneming X gedaan aan ondernemer om als leverancier exclusief onder haar pen te voegen. Zeker niet omdat ondernemer ook aan een andere inschrijver, een concurrent van onderneming X, haar systeem heeft aangeboden. Onderneming X stelt dat hij zich niet tot toepassing van het systeem van ondernemer heeft verplicht, ook niet door middel van zijn inschrijving.
- 3.5. Op 1 november 2023 dient ondernemer een klacht in bij aanbesteder. Ondernemer klaagt dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht die aan onderneming X is gegund. Ondernemer stelt dat hij in samenwerking met onderneming X, als onderaannemer, heeft ingeschreven. De opdracht is weliswaar aan onderneming X gegund, maar de gunning is volgens ondernemer gebaseerd op het systeem van ondernemer. Het feit dat onderneming X na gunning de samenwerking met ondernemer heeft verbroken en met een systeem van een andere leverancier is verdergegaan, houdt volgens ondernemer een onrechtmatige wijziging van de opdracht in. Niet alleen de reden voor de beëindiging van de samenwerking zou onrechtmatig zijn, namelijk dat aanbesteder na gunning een nieuwe eis van 8 deuren heeft gesteld. Maar bovenal de omstandigheid dat het fundament van de aanbesteding, namelijk het systeem van ondernemer, ná gunning wordt gewijzigd naar een ander systeem is volgens ondernemer onrechtmatig. Aanbestedingsrechtelijk zouden deze wijzigingen niet door de beugel kunnen. Het leerstuk van de wezenlijke wijziging is volgens ondernemer ook op deze meervoudig onderhandse procedure van toepassing.
- 3.6. Op 13 december 2023 antwoordt aanbesteder dat hij de klacht van ondernemer niet gegrond acht. Volgens aanbesteder is ondernemer geen partij in deze aanbesteding omdat hij niet heeft ingeschreven. Zodoende bestaat er geen juridische relatie tussen aanbesteder en ondernemer.
- 3.7. Op 13 december 2023 dient ondernemer een klacht in bij de Commissie. Op 25 januari 2024 heeft aanbesteder op deze klacht gereageerd.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Standpunten ondernemer

- 4.1. Ondernemer laat zijn klacht voorafgaan door een stelling. Ondernemer is van mening dat aanbestedder, ondanks het feit dat hij als private aanbestedder niet aanbestedingsplichtig is, voor wat betreft zijn inkoopprocedure toch gebonden is aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. Aanbestedder heeft namelijk zijn inkoopprocedure opgetuigd als een procedure die op een aanbestedingsprocedure lijkt, namelijk een meervoudig onderhandse procedure.
- 4.2. De klacht van ondernemer houdt in dat er naar zijn mening een heraanbesteding moet plaatsvinden, omdat sprake is van een onrechtmatige wijziging in de opdracht die is gegund aan onderneming X. Onderneming X zou hebben ingeschreven met het systeem van ondernemer, en na gunning van de opdracht, op aandringen van aanbestedder, van systeem zijn gewisseld. Ondernemer wil 'alsnog samen met onderneming X het project doen'.

Standpunten aanbestedder

- 4.3. Aanbestedder stelt zich op het standpunt dat de Commissie niet bevoegd is om de klacht van ondernemer in behandeling te nemen. Enerzijds zou de klacht niet binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet vallen zoals op grond van artikel 1 lid c van het reglement Commissie is vereist voor de bevoegdheid van de Commissie. De Aw 2012 zou namelijk niet van toepassing zijn op de door aanbestedder gevoerde procedure. Anderzijds zou ondernemer de klacht zoals hij deze heeft ingediend bij de Commissie, niet eerder hebben ingediend bij aanbestedder hetgeen volgens artikel 9 lid 1 onder a van het reglement van de Commissie verplicht is.
- 4.4. Wat betreft de stelling van ondernemer dat de algemene aanbestedingsbeginselen op zijn procedure van toepassing zouden zijn, herhaalt aanbestedder grotendeels de argumenten die hij (in het kader van de bevoegdheid van de Commissie) heeft aangevoerd ter onderbouwing van stelling dat de Aw 2012 niet van toepassing is op zijn procedure.
- 4.5. Als verweer op de klacht van ondernemer, voert aanbestedder aan dat, zelfs wanneer de Commissie zou oordelen dat zij bevoegd is de klacht in behandeling te nemen, er geen onrechtmatige wijziging wegens de vervanging van het systeem van ondernemer heeft plaatsgevonden, omdat helemaal niet is gegund op basis van het systeem van ondernemer. Een heraanbesteding is daarom niet aan de orde.

5. Hoe luidt het advies?

Inleiding

- 5.1. De verschillende door ondernemer en aanbestedder ingenomen standpunten in deze klacht heeft de Commissie in haar eigen woorden samengevat en zullen hierna aan de hand van vragen in de volgende volgorde worden besproken: (i) Is de Commissie bevoegd de klacht in behandeling te nemen? (ii) Heeft een 'wezenlijke' wijziging van de gegunde opdracht aan onderneming X plaatsgevonden door de vervanging van het aangeboden systeem?

Vooraf

- 5.1.1. Bij de behandeling van de eerste vraag betreft de Commissie niet alleen de stellingen van aanbestedder ten aanzien van de bevoegdheid van de Commissie, maar ook de stelling van ondernemer dat de aanbestedingsbeginselen van toepassing

zijn op de door aanbestede gevoerde inkoopprocedure. Om de klacht van ondernemer goed te kunnen beoordelen, zal namelijk eerst duidelijk moeten zijn of deze aanbestedingsbeginselen van toepassing zijn. Voor een eventueel oordeel dat sprake is van een 'wezenlijke' wijziging van de gegunde opdracht zullen immers op zijn minst de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing moeten zijn op de door aanbestede gehanteerde procedure. Het antwoord van de Commissie op de eerste vraag zal tevens uitsluitel geven over de toepasselijkheid van deze beginselen.

- 5.1.2. Bij de laatste vraag, die de klacht zelf betreft, gaat de Commissie ervan uit dat ondernemer doelt op een ontoelaatbare 'wezenlijke wijziging' van de opdracht zoals bepaald in Hoofdstuk 2.5 van de Aw 2012. Ondernemer heeft in zijn klacht bij aanbestede nadrukkelijk gesproken over een 'wezenlijke wijziging'. En slechts een 'wezenlijke wijziging' kan ertoe leiden dat een heraanbesteding op zijn plaats is, hetgeen, zo begrijpt de Commissie, het uiteindelijke doel van ondernemer is (zie 4.1 hierboven). Alleen middels een heraanbesteding zou ondernemer alsnog in de gelegenheid kunnen worden gesteld de opdracht verder uit te voeren samen met onderneming X.

Commissie bevoegd tot in behandeling nemen klacht?

- 5.2. Aanbestede stelt dat de Commissie om twee redenen niet bevoegd zou zijn de klacht in behandeling te nemen. De Commissie is volgens aanbestede allereerst niet bevoegd omdat de Aw 2012 niet van toepassing is op de door aanbestede gevoerde private aanbesteding. Aanbestede is namelijk geen aanbestedende dienst, maar een private aanbestede. Bovendien heeft aanbestede de Aw 2012 nooit van toepassing verklaard. Aanbestede heeft weliswaar de inkoopprocedure een 'meervoudig onderhandse aanbesteding' genoemd en een aantal malen het woord 'aanbesteding' gebruikt, maar dit betekent niet volgens aanbestede dat hij de Aw 2012 daarmee van toepassing heeft verklaard. Aanbestede heeft slechts praktisch gebruik gemaakt van een procedure die in de Aw 2012 is omschreven. Daarmee valt de klacht van ondernemer niet binnen de werkingssfeer van de Aw 2012, hetgeen volgens artikel 1 lid c van het reglement van de Commissie een voorwaarde is om de klacht in behandeling te kunnen nemen.
- 5.3. Ten tweede is volgens aanbestede de Commissie niet bevoegd omdat de klacht, zoals deze is ingediend bij de Commissie, niet gelijk is aan de klacht zoals deze door ondernemer is ingediend bij aanbestede. Dit is volgens aanbestede in strijd met artikel 9 lid 1 onder a van het reglement van de Commissie.
- 5.4. De Commissie is van oordeel dat zij op basis van beide artikelen in haar reglement bevoegd is de klacht in behandeling te nemen en onderbouwt dit als volgt.

Klacht binnen werkingssfeer Aw 2012?

- 5.4.1. De Commissie neemt het arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, KLM-arrest) tot uitgangspunt. De Hoge Raad heeft in dit arrest overwogen dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie niet automatisch van toepassing zijn bij een private aanbesteding. Of deze beginselen van toepassing zijn hangt af van *de verwachtingen* die in een concreet geval bij inschrijvers zijn gewekt over de toepasselijkheid daarvan (cursivering door Commissie). De aanbestedingsvoorwaarden en onder meer de hoedanigheid van beide partijen spelen daarbij een belangrijke rol. Daarnaast geldt dat private partijen een grote mate van contractsvrijheid hebben, op grond waarvan zij, zeker bij een private aanbesteding, in principe zelf de regels kunnen bepalen over hoe zij een aanbesteding inrichten. Dit houdt ook in dat een private aanbestede de beginselen van gelijke behandeling en transparantie kan

uitsluiten, maar ook dat hij een voorbehoud kan maken om af te wijken van de aanbestedingsvoorwaarden.

- 5.4.2. De Commissie stelt vast, evenals aanbesteder dat doet, dat aanbesteder geen aanbestedende dienst is zoals omschreven in de Aw 2012 (artikel 1.1 Aw 2012). Aanbesteder is geen overheidsorgaan of publiekrechtelijke instelling. Dit betekent naar het oordeel van de Commissie dat de Aw 2012 niet rechtstreeks van toepassing is op de opdracht voor de aanschaf van het toegangscontrolesysteem.
- 5.4.3. Toch heeft aanbesteder vrijwillig gekozen zijn opdracht door middel van een aanbestedingsprocedure, namelijk een meervoudig onderhandse procedure, in de markt te zetten. Hij heeft zeven ondernemers uitgenodigd met elkaar in concurrentie te treden. Daarmee is sprake van een private aanbesteding, en kan aanbesteder worden gekwalificeerd als een private aanbesteder.
- 5.4.4. Op grond van het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad heeft de Commissie zich vervolgens de vraag gesteld welke verwachtingen aanbesteder heeft gewekt bij inschrijvers ten aanzien van de toepasselijkheid van de algemene aanbestedingsbeginselen en/of de Aw 2012.
- 5.4.5. Het oordeel van de Commissie is dat aanbesteder niet alleen de verwachting heeft gewekt dat de bovengenoemde aanbestedingsbeginselen van toepassing zijn op de door hem gevoerde procedure, maar ook en bovenal dat hij de verwachting heeft gewekt dat de Aw 2012 zelf van toepassing is op zijn procedure door deze rechtstreeks van toepassing te verklaren in zijn beschrijvend document.
- 5.4.6. In het beschrijvend document onder 'Begrippen' heeft aanbesteder een definitie gegeven van de aanbesteding waar het in het document om gaat. Volgens de definitie gaat het in deze om 'een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure overeenkomstig de *Aanbestedingswet 2012*' (cursivering door Commissie). Daarnaast staat in paragraaf 1.1 'Inleiding aanbesteding' van het document: 'De Opdrachtgever volgt een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure *houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Stb. 2012, 542, inclusief wijzigingen daarvan*' (cursivering door Commissie). In Paragraaf 2.3.4 van het document wordt een klacht zelfs omschreven als: 'een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten *binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt*' (cursivering door Commissie). Voor het overige ziet de Commissie dat aanbesteder in het beschrijvend document regelmatig verwijst naar artikelen uit de Aw 2012, bijvoorbeeld in relatie tot de toepasselijke uitsluitingsgronden en de abnormaal lage inschrijvingen. Ook ziet de Commissie een veelvuldig gebruik van de begrippen 'aanbesteding' en 'aanbestedingstukken'.
- 5.4.7. Omdat aanbesteder heeft gekozen voor een meervoudig onderhandse procedure volgens de Aw 2012, is naar het oordeel van de Commissie enkel deel 1 van de Aw 2012 van toepassing, en niet deel 2 van deze wet. Bij aanbestedingen boven de drempel geldt deel 2 van de Aw 2012 met de daarin beschreven procedures en voorschriften. In deel 1 van de wet worden de regels voor nationale procedures met voorafgaande aankondiging en meervoudig onderhandse procedures beschreven inclusief de uitgangspunten die voor deze procedures gelden.
- 5.4.8. Zoals uit het bovenstaande blijkt heeft aanbesteder zich bij de door hem gehouden private procedure vrijwillig gebonden aan deel 1 van de Aw 2012. De slotsom van de Commissie is dan ook dat de klacht van ondernemer binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt. De Commissie acht zich daarom op deze grond bevoegd de klacht in behandeling te nemen.

Klacht niet eerder bij aanbesteder ingediend?

- 5.4.9. Artikel 9 lid 1 sub a van het reglement van de Commissie schrijft voor dat een klager de klacht eerst schriftelijk aan de beklagde kenbaar moet hebben gemaakt, wil de Commissie de klacht in behandeling kunnen nemen.
- 5.4.10. Aanbesteder stelt dat ondernemer zijn klacht niet eerder kenbaar heeft gemaakt aan hem omdat de klacht bij aanbesteder niet gelijk is aan de klacht bij de Commissie. Ondernemer zou in zijn klacht bij aanbesteder namelijk tot uitgangspunt hebben genomen dat de Aw 2012 rechtstreeks van toepassing is op de door aanbesteder gehanteerde procedure, terwijl hij dit uitgangspunt in zijn klacht bij de Commissie heeft verlaten.
- 5.4.11. De Commissie is van oordeel dat de klacht van ondernemer bij aanbesteder weliswaar niet geheel gelijk is aan de klacht bij de Commissie, maar dat de kern van de klacht van ondernemer bij beiden dat wel is. En daar gaat het in de ogen van de Commissie om. Ondernemer heeft namelijk in beide klachten naar voren willen brengen dat sprake is van een ontoelaatbare wezenlijke wijziging.
- 5.4.12. De slotsom is dat de Commissie zich **bevoegd** acht de klacht van ondernemer in behandeling te nemen.

Wezenlijke wijziging door vervanging systeem ondernemer?

- 5.5. Ondernemer klaagt dat sprake is van een onrechtmatige wijziging in de opdracht die aan onderneming X is gegund. De aanbidding van onderneming X zou zwaar leunen op het systeem van ondernemer omdat onderneming X slechts een installateur is en ondernemer de leverancier en ontwikkelaar van het toegangscontrolesysteem waar het om gaat. Na gunning zou onderneming X veranderd zijn van systeem. Hierdoor zou ondernemer, als onderaannemer, buiten spel zijn gezet.
- 5.6. Aanbesteder ontkent dat is gegund op basis van het systeem van ondernemer. Het systeem van ondernemer zou geen enkele rol hebben gespeeld bij gunning aan onderneming X. Volgens aanbesteder heeft hij in het beschrijvend document duidelijk aangegeven dat hij geen enkele voorkeur heeft voor merken en systemen. Aanbesteder heeft weliswaar een aantal merken systemen als voorbeelden genoemd in het PvE, maar daarbij aangegeven dat dit enkel werd gedaan om inschrijvers richting te geven voor wat betreft hun oplossingen. Een en ander betekent volgens aanbesteder dat er ook geen vervanging van het systeem van ondernemer heeft plaatsgevonden, en zodoende ook geen 'wezenlijke' wijziging van de opdracht met onderneming X. Van een heraanbesteding kan zodoende geen sprake zijn, aldus aanbesteder.
- 5.7. Op grond van hetgeen ondernemer heeft aangedragen ter onderbouwing van zijn klacht, is de Commissie van oordeel dat ondernemer zijn klacht onvoldoende heeft onderbouwd en acht zij de klacht dan ook ongegrond.
- 5.8. Om de vraag te kunnen beantwoorden of een wezenlijke wijziging van de opdracht aan onderneming X heeft plaatsgevonden door het systeem van ondernemer te vervangen door het systeem van een ander, heeft de Commissie de vraag opgesplitst in een vijftal volgordelijke vragen, en wel de volgende: (i) Moest volgens de aanbestedingsstukken worden ingeschreven met een systeem? (ii) Zo ja, kan worden vastgesteld met welk systeem is ingeschreven? (iii) Zo ja, is het systeem na definitieve gunning gewijzigd? (iv) Zo ja, is het 'leerstuk' van de wezenlijke wijziging onverkort van toepassing op een meervoudig onderhandse procedure volgens de Aw 2012 waarvan een private aanbesteder gebruik maakt? (v) Zo ja, is hier

sprake van een 'wezenlijke' wijziging die verplicht tot een nieuwe aanbestedingsprocedure?

(i) *Moest volgens de aanbestedingsstukken worden ingeschreven met een systeem?*

- 5.9. De Commissie overweegt dat voor de beantwoording van de eerste vraag de aanbestedingsstukken moeten worden uitgelegd. Bij de uitleg van voorwaarden en/of criteria in een aanbesteding gaat het erom hoe een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de betreffende voorwaarden en/of criteria heeft kunnen begrijpen. Gezien het eenzijdige karakter van de aanbestedingsstukken die naar hun aard bestemd zijn (ook) de rechtspositie van derden te beïnvloeden, ligt bij de uitleg van voorwaarden en/of criteria doorgaans een uitleg naar objectieve maatstaven in de rede. Dit betekent dat zal moeten worden uitgegaan van de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de voorwaarden en/of het criterium (zie conclusie A-G Keus, 18 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467, JBM Koeriers/UvA, randnummer 2.5). Daarbij kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende interpretaties zouden leiden. Indien de bedoeling van de aanbestedende dienst naar objectieve maatstaven volgt uit de bepalingen in de aanbestedingsstukken en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus kenbaar zijn voor alle potentiële inschrijvers die niet bij de totstandkoming van de aanbestedingsstukken betrokken zijn geweest, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend (zie Hoge Raad, 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, DSM/Fox, randnummer 4.4). Bedoelingen en opvattingen van de aanbestedende dienst die niet in de aanbestedingsstukken tot uitdrukking zijn gebracht moeten echter bij de uitleg buiten beschouwing worden gelaten, omdat deze tot ongelijke behandeling zouden kunnen leiden (zie advies 688, overweging 5.5).
- 5.10. De Commissie is van oordeel dat de aanbestedingsstukken zo moeten worden gelezen dat iedere redelijke geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver daaruit begrijpt dat hij als leverancier ('preferred supplier') van het toegangscontrolesysteem ook een bepaald merk of type systeem (inclusief controllers, software en kaartlezers) moet aanbieden, waarbij hij vrij is in zijn keuze van het specifieke merk of type systeem.
- 5.10.1. In paragraaf 1.1 'Inleiding aanbesteding' en paragraaf 1.3 'Inhoud van de opdracht' wordt duidelijk aangegeven dat de opdracht de *vervanging* van het huidige toegangscontrolesysteem betreft (cursivering door Commissie). In de omschrijving van het doel van de aanbesteding in paragraaf 1.1 leest de Commissie bovendien dat het aanbod van een inschrijver een toegangscontrolesysteem behelst: '(...) een partij te selecteren die bij [Aanbesteder] op basis van het volgens De Deelnemer (Commissie: gegadigde of inschrijver) aangeboden toegangscontrolesysteem en volgens De Deelnemer beschreven methode preferred supplier zal worden voor (...)'. Daar komt bij dat in het overzicht in het PvE onder de kop 'Toegangscontrolesystemen' voorbeelden worden gegeven van merken systemen die een oplossing zouden kunnen bieden voor het toegangscontrolesysteem dat aanbesteder wenst. In de inleidende tekst geeft aanbesteder duidelijk aan dat aanbesteder geen voorkeur heeft voor merken of systemen. Hieruit leidt de Commissie af dat opdrachtnemer vrij is in zijn keuze van het merk of type systeem, als maar gekozen wordt voor een bepaald systeem en het gekozen systeem de oplossing biedt die aanbesteder wenst. Zoals de Commissie het begrijpt zou het gekozen systeem een systeem kunnen zijn dat de leverancier zelf heeft ontwikkeld, maar net zo goed ook een systeem van een ander. Tot slot staat in gunningscriterium G6 dat een geselecteerde ondernemer een proefopstelling moet tonen van een werkend

toegangscontrolesysteem. Hierin leest de Commissie dat het aangeboden systeem daadwerkelijk een rol speelt bij de keuze voor de inschrijving.

- 5.11. Daarmee is naar het oordeel van de Commissie de eerste vraag bevestigend beantwoord.

(ii) Kan worden vastgesteld met welk systeem is ingeschreven?

- 5.12. De tweede vraag kan de Commissie niet bevestigend beantwoorden. Op grond van de stukken die ondernemer bij de Commissie heeft ingebracht ter onderbouwing van zijn klacht, kan de Commissie niet vaststellen met welk systeem is ingeschreven, en ook niet of dat het systeem van ondernemer is, zoals ondernemer stelt. Ondernemer had daartoe bijvoorbeeld een samenwerkingsovereenkomst of onderaannemingsovereenkomst van ondernemer met onderneming X kunnen overhandigen waarin de onderlinge samenwerking bij inschrijving zou zijn vastgelegd. Ook is de Commissie niet in het bezit van enige e-mailwisseling waaruit deze samenwerking zou kunnen worden afgeleid. Nu de Commissie niet kan vaststellen met welk systeem door ondernemer X is ingeschreven, kan de Commissie ook niet beoordelen of aanbesteder en onderneming X van het ene systeem naar het andere systeem zijn overgestapt en dus ook niet of het systeem is gewijzigd.
- 5.13. Omdat de tweede vraag niet bevestigend kan worden beantwoord, komt de Commissie niet toe aan de beantwoording van de derde, vierde en vijfde vraag. Dat betekent dat de Commissie de hoofdvraag of sprake is van een wezenlijke wijziging doordat het systeem van ondernemer zou zijn vervangen door een ander systeem, niet kan beantwoorden.
- 5.14. De slotsom is dan ook dat de Commissie de klacht **ongegron**d acht omdat ondernemer deze onvoldoende heeft onderbouwd.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegron**d.

Den Haag, 11 juli 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Mr. M.C. Pinto

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid